

# O estabelecimento da filiação na lei de procriação medicamente assistida portuguesa

Carina Cátia Bastos de Senna\*

## Resumo

O presente artigo trata do direito de filiação, em Portugal, na procriação medicamente assistida. Com o fito de introduzir o leitor no tema, conceituaremos o direito de filiação, explicando sua natureza jurídica e classificação. Após, faremos uma abordagem geral de como o direito de filiação está tratado no Código Civil Português, com especial enfoque para as regras de fixação da maternidade e paternidade. Em seguida, trataremos da procriação medicamente assistida, suas técnicas e espécies. Por fim, analisaremos as soluções jurídicas dadas pela Lei de Procriação Medicamente Assistida – Lei 32/2006, de 26 de julho, ao direito de filiação, nas diversas hipóteses que trata.

Palavras-chaves: Direito de filiação. Procriação medicamente assistida. Portugal.

## 1 Introdução

Com o desenvolvimento da biomedicina, discute-se se o direito de filiação, até então consolidado nos códigos civis, deixou de disciplinar de forma satisfatória todas as possibilidades de filiação hodiernamente existentes e se há necessidade de elaboração de norma específica que trate do direito de filiação.

Isso porque, a partir da adoção de técnicas de procriação medicamente assistida, casais que, até então, por terem alguma dificuldade em procriar de forma natural, não conseguiam ter filho(s), agora, utilizando-se, inclusive, de terceiros dadores de sêmen e ovócitos, por exemplo, conseguem a tão sonhada maternidade/paternidade, através de um processo reprodutivo artificial, fazendo com que axiomas absolutos, como a regra “*mater semper certa es*”, sejam questionados e relativizados.

No presente trabalho procuraremos analisar o direito de filiação na Lei de Procriação Medicamente Assistida – Lei 32/2006.

Para tanto, no primeiro capítulo conceituaremos o direito de filiação, explicando sua natureza jurídica e classificação.

No segundo capítulo investigaremos como o direito de filiação está tratado no Código Civil Português, com especial enfoque para as regras de fixação da maternidade e paternidade.

No terceiro capítulo discorreremos sobre a procriação medicamente assistida nos dias atuais, suas técnicas e princípios fundamentais aplicáveis à reprodução a partir da utilização das técnicas de procriação.

Por fim, no quarto capítulo analisaremos as soluções jurídicas dadas pela Lei de Procriação Medicamente Assistida – Lei 32/2006, de 26 de julho, ao direito de filiação, nas diversas hipóteses que trata, a fim de verificar se a lei consegue resolver satisfatoriamente todos os conflitos existentes no campo do direito de filiação, decorrentes da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida ou se ainda há uma lacuna a ser preenchida, oportunamente, sugerindo alteração legislativa, na hipótese de lacuna da norma.

A contemporaneidade do tema faz com que o assunto se torne interessante, não só para os operadores do Direito, diante da necessidade de buscar conhecimento de diversas áreas do Direito, dentre elas do Direito Constitucional, Direito Civil e suas evoluções, mas também para a sociedade, na medida em que a filiação constitui o elo inicial da família e instaura uma relação entre genitores e filho, de direitos e obrigações recíprocos.

## 2 Direito de filiação

O termo “filiação” tem origem etimológica no vocabulário latino, *filiatio*, que possui o significado de descendência de pais e filhos.

Silvio Rodrigues<sup>1</sup> conceitua filiação como a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se tivesse gerado.

\* Juíza Federal lotada na 12ª Vara Federal de Belém/PA. Mestranda em Ciências Jurídica pela Universidade Autónoma de Lisboa – UAL. Especialista em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito – UFPA. Professora da graduação e pós-graduação em Direito da Faculdade Estácio/FAP.

<sup>1</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*, p. 297.

Jorge Shiguemitsu Fujita<sup>2</sup> conceitua filiação como

[...] vínculo que se estabelece entre os pais e filhos, decorrentes de fecundação natural ou da técnica de reprodução assistida homóloga ou heteróloga, assim como em virtude de doação ou de uma relação socioafetiva resultante da posse do estado de filho [...].

De acordo com Eduardo dos Santos<sup>3</sup>,

[...] a filiação é o estado (status) jurídico de uma pessoa em razão da relação de procriação real ou suposta com um terceiro, e, porque é um estado, é uma situação ou posição integrada por um complexo de relações jurídicas entre procriadores e procriados.

Sempre que nasce uma criança mister se faz estabelecer a respectiva filiação.

Hodiernamente o vínculo de filiação pode decorrer de relação sexual (coito, cópula), portanto, procriação natural ou carnal. Mas a filiação pode ser também consequência de uma reprodução medicamente assistida, portanto, procriação induzida<sup>4</sup>.

Na primeira hipótese o vínculo de filiação resulta de uma relação sexual entre um homem e uma mulher com a consequente concepção. Na segunda hipótese, não há que se falar em cópula, mas, sim,

[...] um conjunto de técnicas que têm como fim provocar a gestação mediante a substituição ou a facilitação de alguma etapa que se mostre deficiente no processo reprodutivo.<sup>5,6</sup>

Tratando-se de procriação medicamente assistida, deve-se identificar o projeto parental que o casal decidiu concretizar.

Nesse sentido, doutrina de Pimenta Júnior, por Guilherme Calmon Nogueira da Gama<sup>7</sup>, abaixo transcrita:

No segmento da filiação (e, obviamente, da paternidade e da maternidade) é de fundamental importância identificar o projeto parental que o casal decidiu concretizar. O Estado não pode interferir na decisão do casal quanto à titularidade e ao exercício do direito ao planejamento familiar. As técnicas de reprodução assistida cumprem o papel de auxiliar na solução de dificuldades ou impossibilidades de reprodução humana, facilitando o processo reprodutivo quando outras técnicas terapêuticas se revelaram ineficazes ou inapropriadas.

A doutrina civilista classifica a filiação, quanto a sua natureza, em jurídica, biológica e socioafetiva.

Por filiação jurídica ou legal entende-se o vínculo paterno-filial reconhecido pela lei.

Silvio de Salvo Venosa<sup>8</sup> afirma que a filiação jurídica busca garantir a identificação pessoal relativamente à identidade biológica, mas nem sempre “a identidade genética amolda-se à identidade jurídica”. Para ele, a solução desse problema depende da lei e, sobretudo, do judiciário.

A filiação biológica ou natural é a relação que se estabelece, por laços de sangue (consanguinidade), entre uma pessoa e seus descendentes em linha reta do primeiro grau.<sup>9</sup>

Anteriormente, havia uma vinculação entre a filiação natural e a jurídica. Stela Barbas<sup>10</sup> ressalta que a coincidência entre a filiação natural e a jurídica deixou de ser princípio absoluto.

Por fim, Jorge Shiguemitsu Fujira<sup>11</sup> define a filiação socioafetiva como

[...] aquela consistente na relação entre pai e filho, ou entre mãe e filho, ou entre pais e filho, em que inexistente liame de ordem sanguínea entre eles, havendo, porém o afeto como elemento aglutinador, tal como uma sólida argamassa a uní-los em suas relações, quer de ordem pessoal, quer de ordem patrimonial.

A filiação socioafetiva dá-se na adoção, na técnica de reprodução assistida heteróloga e na posse do estado de filho.

<sup>2</sup> FUJIRA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*, p. 9.

<sup>3</sup> SANTOS, Eduardo dos. *Direito de Família*, p. 435.

<sup>4</sup> Registre-se ainda a filiação decorrente da adoção.

<sup>5</sup> SCARPARO, Mônica Sartori. *Fertilização assistida – questão aberta: aspectos científicos e legais*, p. 5.

<sup>6</sup> No terceiro capítulo deste trabalho abordaremos as diversas técnicas de procriação medicamente assistida.

<sup>7</sup> PIMENTA JÚNIOR, José Luiz B.; CAMPINHO, Bernardo apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação, reprodução humana assistida e conselhos de medicina*, p. 196.

<sup>8</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. p. 246.

<sup>9</sup> FUJIRA, Jorge Shiguemitsu. Op. cit., p. 62.

<sup>10</sup> BARBAS, STELA. *Direito ao patrimônio genético*, p. 248.

<sup>11</sup> FUJIRA, Jorge Shiguemitsu. Op. cit., p. 70.

### 3 Lei de procriação medicamente assistida e estabelecimento de filiação

Em Portugal durante muito tempo perdeu um vácuo legislativo acerca da procriação medicamente assistida, tendo em vista que embora as primeiras técnicas de procriação medicamente assistidas datem da década de 70,<sup>12</sup> somente no ano de 2006 entrou em vigor a Lei 32/2006, de 26 de julho, conhecida como Lei de Procriação Medicamente Assistida – LPMA, com a finalidade de regulamentar a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida.

O vácuo legislativo existente até o advento da lei supramencionada não implica na afirmação de que não existia qualquer regra acerca do assunto. Todavia, as normas jurídicas que expressamente disciplinavam a procriação assistida, art. 1.839º, III, do Código Civil, art. 168º do Código Penal, art. 9º da Lei 3/1984, de 24 de março, e o Decreto-Lei 319/1986, de 25 de setembro, eram claramente insuficientes, encontravam-se desinseridas do conjunto do sistema jurídico e, o que é mais grave, suscitavam inúmeras dúvidas e contradições.<sup>13</sup>

Logo após a entrada em vigor da lei em comento, um grupo de trinta e um deputados à Assembleia requereu, junto ao Tribunal Constitucional, a declaração com força obrigatória geral, da ilegalidade e da inconstitucionalidade da lei, com diversos fundamentos, dentre os quais, inconstitucionalidade material de diversas de suas normas, tendo o colendo Tribunal Constitucional reconhecido a legalidade e constitucionalidade da norma, firmando entendimento de que as regras constantes da LPMA estão dentro da margem de livre ponderação do legislador.<sup>14</sup>

Historicamente havia dissenso na doutrina se o Estado deveria ou não legislar sobre a matéria.

Diversos *experts*, dentre eles Stela Barbas<sup>15</sup>, defendiam a necessidade de uma regulamentação específica na área de procriação medicamente

assistida, sob fundamento de que as regras que disciplinam o Direito de Família são de ordem pública e, assim, o Estado deve interferir fixando e disciplinando a utilização das diversas técnicas.

Ademais, pensa Stela Barbas<sup>16</sup> que:

É um problema que transcende o foro da responsabilidade individual; é de ordem colectiva, recai sobre todos os que têm o poder de decidir nas diversas área do conhecimento e da actividade. E a gestão dos conflitos que eventualmente podem aparecer exige contributos não só dos médicos mas, também, dos juristas, teólogos, filósofos, sociólogos e políticos.

Stela Barbas, citando René Frydman,<sup>17</sup> afirma que cada vez mais médicos e biólogos questionam os juristas pedindo, reclamando a elaboração de regras jurídicas:

Pedimos que sejam fixadas normas... pretendemos directivas precisas e um consenso da sociedade... estamos a ingressar no domínio de uma medicina muito específica... mais do que nunca carecemos... que sejam fixadas normas.

Jorge Pinheiro afirma que Guilherme de Oliveira<sup>18</sup> defende a necessidade de a legislação como forma de não se criar, propositadamente, embriões excedentários; à limitação das utilizações do mesmo dador de esperma; ao controlo administrativo e sanitário das entidades que se dedicam à procriação assistida; à necessidade de se criar um registro especial das utilizações destas técnicas e dos nascimentos conseguidos.

De uma forma geral, os defensores do absentismo no Estado, no que diz respeito à criação da norma reguladora da procriação assistida, sustentavam que ela seria inconveniente porque iria travar a evolução científica ou não obteria o consenso da comunidade ou porque seria uma norma inútil, na medida em que seria rapidamente ultrapassada pela prática, pela evolução das técnicas de procriação.

Representando os opositoristas à criação de uma norma regulamentadora da procriação

<sup>12</sup> O nascimento da primeira bebé proveta, Luisa Brown, ocorreu em 25 de julho de 1978, na Inglaterra, seguida de Alas Tair MontGomery e do Indiano Durga. O primeiro bebé proveta português, Carlos Miguel, data de 1986.

<sup>13</sup> BARBAS, Stela. *Direito ao património genético*, p. 248.

<sup>14</sup> Acórdão 101/2009, de 1º de abril, do Tribunal Constitucional Português.

<sup>15</sup> BARBAS, Stela. *Direito ao património genético*, p. 48.

<sup>16</sup> Idem; *ibidem*.

<sup>17</sup> FRYDMAN, René apud BARBAS, Stela. *Direito ao património genético*, p. 49.

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Guilherme de apud PINHEIRO, Jorge Duarte. *Procriação medicamente assistida*, p. 19.

medicamente assistida, Fernando Araújo<sup>19</sup> assim se manifesta:

Em domínios como a procriação assistida, o único caminho satisfatório é o de uma ponderação casuística; a generalidade das regras jurídicas torna-as insensíveis e impotentes para apreciar questões humanas "individualmente absorventes".

Terminou por vencer a tese da necessidade de regulação. Destarte, a LPMA surgiu da necessidade imperiosa de regular a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida, bem como alguns efeitos jurídicos decorrentes da utilização de técnicas, dentre eles no direito de filiação.

Registre-se que, em 4 de Setembro de 2007, 2 de junho de 2016 e 22 de agosto de 2016, foram publicadas as Leis 59/2007, 17/2016 e 25/2016, respectivamente, com o intuito de alterar algumas disposições constantes do texto originário da LPMA.

As técnicas de procriação medicamente assistida, segundo a lei, são métodos subsidiários e não alternativos de procriação utilizáveis, em regra, apenas diante de diagnóstico de infertilidade ou, ainda, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras. Tratando-se de mulheres, pela redação dada ao art. 4º da LPMA, pela Lei 17/2016, podem ser utilizadas as técnicas por todas independentemente do diagnóstico de infertilidade.

Jorge Duarte Pinheiro<sup>20</sup> defende a lei em comento, pois entende que os princípios do sistema de filiação português impõem a subsidiariedade das técnicas de PMA, pois, em regra, a constituição da filiação assenta na prática de ato sexual, sendo exceção a filiação independentemente do ato sexual. Assim, não haveria um direito a escolher livremente entre a procriação mediante ato sexual e a procriação assistida.

Afirma ainda o eminente doutrinador que:

Uma atitude demasiado liberal repercute-se numa vulgarização do fenómeno reprodutivo, que simboliza cedência perante interesses económicos da "indústria da procriação" ou indiferença perante o risco de comercialização da concepção, da gestação e das próprias crianças. O recurso à procriação assistida só pode ser encarado quando a outra forma

de procriação não constitua uma autêntica opção, nomeadamente em situações e esterilidade [...].<sup>21</sup>

Ademais, há permissão na LPMA, com redação dada pela Lei 17/2016, da utilização das técnicas de PMA por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade, estado civil e da respectiva orientação sexual, podendo recorrer às técnicas como beneficiários os casais de sexo diferente ou de casais de mulheres, respectivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, desde que o beneficiário tenha pelo menos 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica.

Pela redação originária da Lei 32/2006, a adoção das técnicas de PMA somente se dava quando os beneficiários eram pessoas casadas ou com união de fato, como forma de salvaguardar o direito de filiação dos indivíduos nascidos a partir da técnica de procriação assistida, como se verificava na redação originária do art. 6º, 1, da LPMA.

A LPMA estabelece diversos efeitos jurídicos, no que diz respeito ao direito de filiação, para quem se socorre das técnicas de reprodução assistida, especialmente quando se está diante de maternidade de substituição; inseminação artificial/fertilização *in vitro* com sêmen ou ovócitos de dador (estado de filiação na inseminação heteróloga) e inseminação *post mortem*.

No entanto, a LPMA não é suficiente para resolver todos os problemas relacionados à utilização das técnicas de procriação medicamente assistida, especialmente no campo da filiação, até porque estamos numa área que se encontra em constante evolução. Há e haverá sempre lacunas no campo da procriação assistida.<sup>22</sup>

### 3.1 A filiação na maternidade de substituição

Até há pouco tempo o Direito operava com relativa segurança quanto ao fato de a identidade da mãe ser sempre certa — *Mater semper certa est* — enquanto a do pai presumida. Não havia, portanto, dúvidas que a mulher que concebeu, gestou e deu à luz era a mãe.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> ARAÚJO, Fernando. *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, p. 17.

<sup>20</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da família contemporâneo*, p. 219.

<sup>21</sup> Idem; ibidem.

<sup>22</sup> Idem. Op. cit., p. 214.

<sup>23</sup> BARBAS, Stela. *Direito do genoma humano*, p. 531.

Todavia, os progressos científicos operados na área da procriação medicamente assistida ao possibilitarem o recurso às denominadas mães portadoras vieram pôr em causa o princípio da maternidade sempre certa. Em causa o velho axioma *mater semper certa est, etiam si vulgo conceperit* e a sua substituição por *mater non semper certa est*?<sup>24</sup>

Doutrinariamente os estudiosos do assunto<sup>25</sup> apontam dois casos descritos na Bíblia — Antigo Testamento<sup>26</sup> — e outro que foi submetido à apreciação dos tribunais norte-americanos no século XX, que ficou conhecido como bebé M<sup>27</sup>, como as primeiras maternidades por substituição.

Desde então, diversas maternidades por substituição foram e são realizadas, não havendo ainda no campo doutrinário e normativo posição pacífica acerca da licitude da conduta, bem como seu efeito no estado de filiação.

Explica Stela Barbas que as técnicas actualmente disponíveis permitem *construir* uma criança com a contribuição de seis pessoas diferentes:

Podemos hoje falar numa tridimensionalidade procriativa. Neste sentido, teríamos uma dimensão orgânica, física e simbólica. Na primeira incluiríamos o pai/mãe genético (dador de esperma/óvulo); na dimensão física a mãe/pai gestacional (mãe portadora e seu companheiro) e na simbólica o pai/mãe adotivos.<sup>28</sup>

A “mãe de substituição”<sup>29</sup>, ou seja, aquela mulher que se dispõe a suportar uma gravidez por conta de

outrem, também é conhecida por “mãe portadora”<sup>30</sup>, “mãe hospedeira” e “mãe de aluguer”<sup>31</sup>.

Jorge Duarte Pinheiro<sup>32</sup> explica que nenhuma designação é perfeita.

Falar de “mãe portadora”, “mãe de aluguer” ou “mãe hospedeira” sugere que se está perante alguém que é mãe temporariamente, alguém que é mãe durante o período de gestação e que depois deixa de o ser. Ora, em rigor, só é mãe após o nascimento da criança e a chamada mãe portadora pode acabar por ser mãe jurídica, contra a sua própria vontade. Por seu turno, além de não estar a salvo destas críticas, o termo “mãe de substituição” é ambíguo: quem substitui quem? Geralmente, a expressão identifica a mulher que faz a gestação, por ocupar, no processo de gravidez, o lugar daquela que pretende assumir a qualidade de mãe jurídica. No entanto, há quem prefira usar o conceito de “mãe de substituição” para a mulher que, sem ter gerado a criança, pretende assumir a qualidade de mãe, ocupando, no plano da constituição do vínculo de filiação, o lugar da mulher que deu à luz.

Questão polémica diz respeito ao questionamento acerca de quem seria a verdadeira mãe, no caso em que se recorre a uma mãe de substituição.

Stela Barbas<sup>33</sup> esclarece que nos termos do preceituado no art. 1.796º do Código Civil a filiação “resulta do facto do nascimento” parecendo, assim, que a mãe jurídica seria sempre a portadora. Ressalta, contudo, o espírito que presidiu à elaboração desta disposição foi precisamente o de consagrar que o estabelecimento da maternidade não está dependente de um acto de “reconhecimento” por parte da mãe.

Até o advento da Lei 25/2016, que deu nova redação ao art. 8º da LPMA, era vedado a maternidade de substituição em Portugal e a mulher que suportava uma gravidez de substituição de outrem era havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que viesse a nascer. Com a nova redação, passou a ser permitido a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição, de forma excepcional e gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou

<sup>24</sup> Idem; ibidem.

<sup>25</sup> Dentre eles: Stela Barbas e Jorge Duarte Pinheiro.

<sup>26</sup> Os casos bíblicos estão descritos no livro do Génesis. O primeiro caso refere-se a Abrão e sua esposa Sara, que não podendo gestar, por ser infértil, permite que o esposo deite com uma serviçal, a fim de conceber um filho. O segundo caso refere-se a Raquel, que cedeu uma serva ao marido Jacob para que ela gerasse um filho em nome da sua dona.

<sup>27</sup> O casal Stern celebrou um contrato com Mary Beth Whitehead, mediante o qual todos concordavam que Mary Beth fosse inseminada artificialmente com esperma do Sr. Stern, com o objetivo de dar à luz uma criança que entregaria ao mencionado casal; todavia, após o parto, Mary Beth e o respectivo marido recusaram-se a entregar a criança.

<sup>28</sup> BARBAS, Stela. *Direito ao patrimônio genético*, p. 145.

<sup>29</sup> O termo tem origem no direito anglo-americano.

<sup>30</sup> Termo tem origem no direito francês.

<sup>31</sup> Designação usual no Brasil.

<sup>32</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. *Estudos de direito da bioética*. Mãe portadora – A problemática da maternidade de substituição, p. 324.

<sup>33</sup> BARBAS, Stela. *Direito do genoma humano*, p. 535.



de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem. Outrossim, quando a filiação da criança nascida através do recurso à gestação de substituição, fixou-se a parentalidade com os respectivos beneficiários da gravidez de substituição.

Leciona Jorge Duarte Pinheiro<sup>34</sup> que a redação originária do art. 8º da Lei 32/2006 conteria uma visão apriorística da matéria da determinação da filiação materna: seria mãe quem dá à luz.

A nova redação, por sua vez, faz prevalecer o critério biológico cumulado com o *animus* parental, inclusive porque somente é admitida a adoção de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gametas de, pelo menos, um dos respectivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante.

Registre-se, ainda, que a redação originária do art. 8º da Lei 32/2006 estabelecia a nulidade dos negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição, enquanto que hodiernamente o negócio jurídico de gestação de substituição será válido, desde que respeitem as regras constantes da Lei, e é feito através de contrato escrito, estabelecido entre as partes, supervisionado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, tendo as seguintes restrições/vedações: 1) há necessidade de autorização prévia do Conselho Nacional de procriação Medicamente Assistida, a qual é sempre antecedida de audição da Ordem dos Médicos e apenas pode ser concedida nas situações previstas em lei; 2) é proibido qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante da criança, exceto o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo transportes, desde que devidamente tituladas em documento próprio; 3) não é permitida a celebração de negócio jurídico de gestação de substituição quando existir uma relação de subordinação econômica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas; 4) o contrato deve constar obrigatoriamente, em conformidade com a legislação

em vigor, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez; e 5) O contrato de gravidez de substituição não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade.

No primeiro momento observa-se que a legislação portuguesa expressamente cominava de nulidade os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição<sup>35</sup>.

Doutrinariamente, todavia, a matéria é controversa.

Dentre os argumentos favoráveis a favor da maternidade de substituição, Jorge Duarte Pinheiro, citando Vera Lucia Raposo<sup>36</sup>, enumera três:

Primeiramente a maternidade de substituição, ao multiplicar as hipóteses de nascimento de um ser humano, seria susceptível de encontrar fundamento num princípio de favorecimento da vida humana, emergente do art. 24.º da Constituição da República Portuguesa. Outro argumento em favor da maternidade de substituição seria o fato de que só este contrato faculta o acesso à maternidade das mulheres que não conseguem complementar uma gravidez com sucesso, evitando que elas sejam discriminadas relativamente àquelas que, graças às técnicas de procriação medicamente assistida, acabam por gerar crianças que nem sequer conseguiriam conceber pela prática de relações sexuais, e que o art. 36.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa reconheceria um direito de construir família em condições de plena igualdade, o que abarcaria o direito de procriar. Por fim, haveria ainda o argumento da autonomia privada, autonomia que a Constituição da República Portuguesa tutela ao declarar que todos têm direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º, n.º 1) ou à liberdade (art. 27.º, n.º 1).

<sup>34</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. *Mãe portadora: a problemática da maternidade de substituição*, p. 326.

<sup>35</sup> A maternidade de substituição é proibida também no direito espanhol (art. 10.1 da Lei 14/2006, de 26/5), francês (art. 16-7 do Code civil), italiano (art. 12º, n.º 6 da Lei n.º 40, de 19/02/2004) e alemão (§1 I Nr. 7 da Embryonenschutzgesetz). No Brasil a Resolução nº 2.121\2015, item VII, 16.1, do Conselho Federal de Medicina - CFM permite a maternidade de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva e as doadoras temporárias do útero pertençam à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até quarto grau, salvo autorização do Conselho Regional de Medicina.

<sup>36</sup> RAPOSO, Vera Lucia apud PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito de família contemporâneo*, p. 332.

Registre-se, ainda, que, mesmo nas sociedades modernas, o ideal da maternidade é promovido para as mulheres num tal grau que elas podem sentir que a vida não tem sentido até dar à luz um filho.<sup>37</sup>

Os doutos contrários a maternidade de substituição rebatem os argumentos favoráveis ao instituto a partir dos seguintes fundamentos:

Os dois primeiros argumentos são rechaçados por Jorge Duarte Pinheiro, por entender que não são particularmente aptos para a resolução do problema da admissibilidade ou inadmissibilidade da maternidade de substituição.

A criação de vida humana e a procriação não são valores absolutos. Não se pode pensar pura e simplesmente que é melhor existir do que nunca existir, que é melhor ser concebido e nascer do que nunca ter sido concebido e nunca ter nascido. A concepção, nomeadamente quando decorre da aplicação de uma técnica de procriação medicamente assistida, deve ser um actor efectivo, sensível aos sentimentos e necessidades da pessoa que se virá a formar e a nascer. É neste sentido que se compreende o art. 67.º, n.º 2, al. d), da Constituição da República Portuguesa [...]. E, concretamente sobre o argumento que invoca uma exigência de igualdade no acesso à maternidade, sublinhe-se que o direito de procriar está sujeito a limites intrínsecos, que correspondem ao fim do direito, fim que não é meramente egoísta nem imediatista. O direito a procriar é concedido para a formação de um grupo familiar composto por filho e progenitor; neste grupo, o interesse mais ponderoso é o da criança. [...]<sup>38</sup>.

O terceiro argumento também é afastado pelo ilustre doutrinador sob fundamento de que o exercício da liberdade contratual está balizado pelos princípios fundamentais do Direito, que penetram em conceitos indeterminados. Sendo assim, todo negócio jurídico que contrariar a ordem pública e os bons costumes, são nulos, como resulta do art. 280º, 1, do Código Civil.<sup>39</sup>

Stela Barbas<sup>40</sup> também considera nulo e de nenhum efeito todo o contrato (gratuito ou oneroso) que tenha por objeto a procriação ou a gestação de um

ser humano por métodos naturais ou por inseminação ou fecundação artificial, com obrigação por parte da mãe hospedeira de entregar o filho logo que nasça e, ainda, com a obrigação de se abster de quaisquer contatos com a criança, sob seguinte fundamento:

Porque o seu fim é contrário à lei, à própria dignidade humana e ofensivo dos bons costumes nos termos do art. 280.º do Código Civil, [...] bem como com base no número 1 do artigo 81.º do mesmo diploma legal, na medida em que a sua celebração configura um caso de renúncia antecipada a um direito de personalidade (estatuto jurídico da mãe) [...].

Registre-se que, no Direito português, mesmo aqueles que no campo doutrinário sempre admitiram a maternidade de substituição, ressaltavam a necessidade de que se desse através de um contrato gratuito, realizado com fim altruístico, sendo nítida a repulsa pelo contrato de gestação a título oneroso, porque atentaria contra o valor da dignidade humana, na medida em que a gestação é tida como um serviço qualquer, ignorando-se totalmente a sua natureza íntima, e a criança é equiparada a um objeto, ao resultado de uma atividade<sup>41</sup>.

Nesse sentido é a lição de Jorge Duarte Pinheiro<sup>42</sup>:

Nos termos do art. 67.º, n.º 2, al. e), da Constituição da República Portuguesa, ao Estado incumbe regulamentar a procriação assistida, mas em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana, que é, aliás, o princípio fundador da nossa ordem jurídica, como decorre do art. 1.º da Constituição, volta a ser invocado no art. 26.º, n.º 3, da lei fundamental, no qual se estabelece que a lei garantirá a dignidade pessoal do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica. Deste princípio decorre que à pessoa dever ser tratada como pessoa, como um fim em si mesmo; que à pessoa deve ser reconhecida autonomia, autodeterminação; que o ser humano não deve ser coisificado, instrumentalizado nem comercializado.

Observa-se da análise dos dispositivos supra-mencionados que, quanto ao estado de filiação, a lei atualmente adota o critério biológico/projeto parental

<sup>37</sup> CAHILL, Lisa Sowle. *Paternidade\maternidade em perspectiva*, p. 379.

<sup>38</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. *Direito de família contemporâneo*, pp. 333-334.

<sup>39</sup> Idem; ibidem.

<sup>40</sup> BARBAS, Stela. *Direito ao património genético*, p. 154.

<sup>41</sup> MIRANDA, Jorge. MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*, pp. 286-288.

<sup>42</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. *Direito de família contemporâneo*, p. 334.

para fixar a maternidade na hipótese de maternidade por substituição, desconsiderando qualquer outro critério.

### 3.2 A filiação na inseminação heteróloga

A LPMA em comento estabelece nos arts. 10, n. 1, 19, n. 1, 27 e 47 a possibilidade da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida através de processos heterólogos.

Sendo utilizado material genético de dador, fica excluída a paternidade deste, em face da ausência de projeto parental, devendo a filiação recair sobre o marido ou companheiro da mulher, desde que tenha consentido.

Leciona Stela Barbas<sup>43</sup> que:

O artigo 20.º (Determinação da paternidade) da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, sobre Procriação Medicamente Assistida, determina que nos casos de inseminação artificial heteróloga de que resulte o nascimento de um filho, é este tido como filho do marido ou daquele que vive em união de facto com a mulher que foi inseminada, desde que tenha prestado o seu consentimento nos termos fixados nesta Lei e sem prejuízo da presunção consagrada no artigo 1826.º do Código Civil. De acordo com o artigo 21.º (Exclusão da paternidade do dador do sêmen) da referida Lei o dador não pode ser considerado pai da criança que vier a nascer.

A paternidade jurídica se constitui desde a época da concepção e início da gravidez em decorrência da reprodução assistida heteróloga (em relação ao fato jurídico 'relação sexual'), já que a vontade manifestada pelo homem casado ou que viva em união de fato se insere no projeto de parentalidade, associado ao êxito da técnica conceptiva heteróloga.<sup>44</sup>

Todavia, como se observa da leitura dos artigos acima mencionados, a utilização se dará de forma subsidiária: o emprego dos espermatozoides, ovócitos ou embriões de terceiros dadores é permitido apenas quando, em face aos conhecimentos médico-científicos objetivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gametas dos beneficiários.

Algumas legislações, como a italiana<sup>45</sup>, vedam a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida, do recurso aos processos heterólogos, aderindo a uma concepção absoluta do biologismo em matéria de constituição da filiação. Outras legislações, como a brasileira<sup>46</sup>, permitem a utilização de tais recursos.

O Tribunal Constitucional Português entendeu constitucional a procriação heteróloga, como delineada na lei, ou seja, de forma subsidiária, como se verifica em trecho do Acórdão 101/200947, abaixo transcrito:

Deve todavia desde já adiantar-se que a lei consagra, como decorre de diversas das suas disposições, um princípio de subsidiariedade em relação à aplicação das técnicas de procriação heteróloga. A dádiva de espermatozoides, ovócitos e embriões só é permitida quando, face aos conhecimentos médicos-científicos objectivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gametas dos beneficiários (artigo 10º,n.º 1). E do mesmo modo, a inseminação com sêmen de um terceiro dador só pode verificar-se quando não seja possível realizar a gravidez através de inseminação com sêmen do marido ou daquele que viva em união de facto com a mulher a inseminar (art. 19º, n.º 1). O que é também aplicável na fertilização in vitro com recurso a sêmen ou ovócitos de dador e em relação a outras técnicas de PMA como seja a injeção intracitoplasmática de espermatozoide ou a transferência de embriões, gametas ou zigotos (artigos 27º e 47º).

Nesta perspectiva, o legislador acaba por privilegiar a correspondência entre a progenitura social e progenitura biológica, apenas admitindo a procriação heteróloga nos casos excepcionais em que não seja possível superar uma situação de infertilidade sem o recurso a um terceiro dador.

Do ponto de vista jurídico-constitucional, a admissibilidade subsidiária de tais técnicas passa essencialmente pela análise do direito à identidade pessoal compreendido em confronto com o direito ao desenvolvimento da personalidade e do direito de construir família.

<sup>43</sup> BARBAS, Stela. *Direito do genoma humano*, pp. 538-539.

<sup>44</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit. p. 199.

<sup>45</sup> Art. 4º, nº 3, da Legge 19 febbraio 2004, nº 40, intitulada "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita".

<sup>46</sup> Art. 1.597, V, do Código Civil Brasileiro e item IV da Resolução 2.121/2015, do Conselho Federal de Medicina.

<sup>47</sup> Tribunal Constitucional Português, Acórdão 101/2009, de 1º de abril.



[...]

E sendo assim, não serão as técnicas de medicina reprodutiva e a simples previsão do recurso à inseminação artificial ou à fertilização in vitro com gametas de um terceiro dador, com os limites que, em todo o caso, são impostos disposto no artigo 7º da Lei nº 32/2006, que podem pôr em causa o direito que é constitucionalmente garantido pelo nº3 do artigo 26º da Constituição.

Desse modo, admite-se que se situa ainda dentro da margem de livre ponderação do legislador a opção de permitir a procriação medicamente assistida heteróloga.

No campo doutrinário, há doutores como Diogo Leite de Campos<sup>48</sup> que são peremptoriamente contrários à inseminação heteróloga, porque entendem que perante o facto natural e biológico da procriação genética, a fecundação heteróloga introduz uma paternidade fictícia e uma proibição da procura da paternidade, com base em prejuízos ideológicos.

Leciona Jorge Duarte Pinheiro<sup>49</sup> que a admissibilidade subsidiária dos processos heterólogos suscita dois problemas: o da contrapartida económica da dação de esperma, ovócitos ou embriões, e o anonimato do dador.

Embora não seja objeto do presente estudo analisar tais problemas, não se pode deixar de registrar que a Lei 32/2006 vedou a compra e venda de óvulos, sémen, embriões ou de qualquer material biológico decorrente da aplicação de técnicas de PMA<sup>50</sup>, bem como estabeleceu o anonimato do dador de forma mitigada, pois estabeleceu como regra o anonimato, mais estabeleceu duas exceções: por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial e para que seja possível obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projeto de casamento. Na segunda hipótese fica garantida a confidencialidade acerca da identidade do dador, exceto se este expressamente o permitir<sup>51</sup>.

Para que seja possível a utilização de material genérico de terceiro, na procriação medicamente

assistida, exige a LPMA o consentimento expresso do marido/companheiro da mulher.

Esclarece, ainda, Jorge Duarte Pinheiro que:

[...] o elemento volitivo será imprescindível, ainda que haja uma ligação genética entre o filho e o pretense pai: repare-se que, p. e., o art. 1839.º, n.º3, não distingue a inseminação artificial homóloga da heteróloga. Não é, portanto, pai jurídico aquele que não tenha consentido no uso de uma técnica de procriação assistida. Tampouco é pai jurídico o mero dador de gametas, zigotos ou embriões, porque através da dação ele não manifesta a vontade de assumir um projecto parental.<sup>52</sup>

Registre-se, apenas, que há doutrina no sentido de se atribuir exclusivamente o critério biológico na chamada filiação natural, mesmo em sede de procriação medicamente assistida, como se observa do magistério de Francisco Aguilar por Jorge Pinheiro<sup>53</sup>, *in verbis*:

Isto porque o critério complementar que estria em causa – o "volitivo" – ao fazer depender a paternidade/maternidade natural da existência de um 'projecto de paternidade/maternidade conduziria a resultados inaceitáveis. Não só não explicaria o facto de na procriação "não" medicamente assistida o critério da filiação não se encontrar dependente da vontade dos progenitores, como principalmente, faltando esse elemento volitivo, negar-se-ia, ope legis e ab initio a maternidade e/ou paternidade jurídica.

Pensamos que a doutrina supramencionada é mais adequada à hipótese de maternidade/paternidade decorrente de técnica de procriação medicamente assistida homóloga, na medida em que trata de forma igual as crianças nascidas dentro do casamento, seja por meio de um processo natural ou através da utilização de uma das técnicas de PMA.

Consequentemente, a lei de regência da PMA deveria ser alterada para se estabelecer a mesma presunção insculpida no Código de Processo Civil, quanto à paternidade, quando decorrente de gravidez de mulher casada, quando a criança advir da utilização de PMA homóloga.

<sup>48</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. Op. cit. p. 78.

<sup>49</sup> PINHEIRO, Jorge Pinheiro. *O direito de família contemporâneo*, p. 228.

<sup>50</sup> Como se observa no art. 15º da LPMA, com redação dada pela Lei 25/2016.

<sup>51</sup> Como se verifica do art. 15º da LPMA.

<sup>52</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito de família contemporâneo*, pp. 217-218.

<sup>53</sup> AGUILAR, Francisco apud OLIVEIRA, Jorge Duarte. *O princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 219.

Por outro lado, considerando que a lei veda o reconhecimento da filiação com o dador, na hipótese de ausência do consentimento expresso do marido, seja na inseminação homóloga ou heteróloga, a criança nascida nesta condição já nascerá tolhida no seu direito à filiação biparental.

Nesse contexto, Tiago Duarte<sup>54</sup> afirma que se o consentimento não prestado, caso a inseminação ocorra, ela será ilegal, a criança terá reconhecida apenas a filiação materna, proibindo-se o estabelecimento da paternidade.

Registre-se, por fim, que a partir da efetivação do procedimento de inseminação, o consentimento dado, em hipótese alguma poderá ser revogado.

Nesse sentido é lição de Debora Gozzo<sup>55</sup>, *in verbis*:

Ora, estando a mulher grávida, não se trata amis só do direito do marido, mas, também, do direito da mulher a essa gestação, a sua dignidade de não ficar na dependência de uma autorização que ora existe, ora não existe mais. Cuida-se, ainda, do direito da criança que está sendo gerada, de ter um pai, de sua dignidade, enquanto ser já concebido. Afinal, ela deveria ter um pai, posto o marido de sua mãe ter concordado com a inseminação artificial heteróloga.

Estabelece, ainda, a Lei 32/2016, com redação da Lei 25/2016, como é aplicada a legislação de proteção de dados pessoais e de informação genética pessoal e informação de saúde aos dados pessoais relativos aos processos de PMA, respectivos beneficiários, dadores, incluindo as gestações de substituição, e crianças nascidas.

### 3.3 A filiação na inseminação *post mortem*

Questão controvertida acerca da continuidade ou não do procedimento de procriação medicamente assistida surge quando durante a aplicação da técnica de procriação um dos membros do casal vem a óbito.

Esclarece Stela Barbas<sup>56</sup> que,

Regra geral, surgem problemas sempre que se ultrapassa artificialmente a vida dos pais biológicos; há, desde logo, um ser potencial

condenado à orfandade; uma criança que já é órfã antes de ser concebida. Trata-se de uma situação anômala no plano do estabelecimento da filiação e do direito de sucessões.

Não há consenso na doutrina e legislações acerca da inseminação *post mortem*. Enquanto na Alemanha<sup>57</sup>, por exemplo, é vedado, no Brasil<sup>58</sup> e na França<sup>59</sup> é permitida em determinadas condições.

Em Portugal, a Lei que regula a procriação medicamente assistida, Lei 32/2006, trata da inseminação *post mortem* no art. 22º, 1, prescrevendo a vedação da realização do ato, a partir do sêmen do marido ou homem que vivia em união de fato, ainda que este haja consentido na inseminação, estendendo-se a proibição à fertilização *in vitro* posterior à morte do membro do casal beneficiário que depositou o seu sêmen ou ovócitos (art. 26º) e a utilização *post mortem* de outras técnicas de PMA (art. 47º). Todavia, permite a inseminação *post mortem* a partir de embrião crio preservado.

Estabelece, ainda, a lei portuguesa que a filiação, mesmo na hipótese de inseminação *post mortem* a partir do sêmen, se dará em relação ao falecido.

Para Stela Barbas<sup>60</sup>, a norma não deve facilitar a criação de famílias monoparentais, já que a criança tem direito inderrogável de se beneficiar da estrutura biparental da filiação. Afirma que é de condenar a criação, a fundação voluntária de uma família unilinear póstuma.

Leciona também a ilustre doutora que para a garantia do desenvolvimento integral da criança (art. 69º da Constituição da República Portuguesa) é fundamental ter pai e mãe, como decorre, também, do art. 68º do mesmo diploma ao estatuir que os progenitores têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível acção em relação aos filhos (1) e, ainda, que “a maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes” (2). É de condenar a criação voluntária de uma família unilinear póstuma.<sup>61</sup>

<sup>54</sup> DUARTE, Tiago. *In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei*, p. 101.

<sup>55</sup> GOZZO, Débora. *Dignidade humana, inseminação artificial heteróloga e contestação de paternidade*, p. 224.

<sup>56</sup> BARBAS, Stela. *Direito ao patrimônio genético*, p. 129.

<sup>57</sup> Lei Alemã 745/1990.

<sup>58</sup> Art. 1.597, III, do Código Civil Brasileiro.

<sup>59</sup> Lei Francesa 94-654, de 29 de julho de 1994.

<sup>60</sup> BARBAS, Stela. *Direito ao patrimônio genético*, p. 133.

<sup>61</sup> Idem. *Direito do genoma humano*, p. 540.

Todavia, admite que na hipótese de existência de embrião excedentário, como forma de proteger o patrimônio genético desse ser já formado desde o momento da concepção, deve-se permitir a inseminação *post mortem* do embrião, desde que tenha sido autorizada pelo falecido em documento público, e o embrião seja utilizado pela viúva ou companheira, nos três meses seguintes à data da morte, seria de atender em casos especiais, nomeadamente em situações de alto risco como a guerra ou de doenças terminais.<sup>62</sup>

Jorge Duarte Pinheiro<sup>63</sup> entende que tendo em conta a biparentalidade tendencial, não meramente genética, que funda o nosso sistema de filiação, e que obsta, aliás, ao acesso à procriação das pessoas que não estejam casadas nem vivam em união de fato, não deveria ser permitido a fecundação *in vitro*, em benefício de uma mulher, mediante o uso de esperma do outro membro do casal, entretanto falecido.

Observa-se, ainda, que a norma portuguesa, embora tenha permitido a realização da inseminação *post mortem*, quando há embriões crio preservados, deixou lacunas, quanto aos efeitos filiatórios e sucessórios decorrentes da procriação medicamente assistida *post mortem*, gerando um problema de insegurança na aplicação das leis.

Diante disso, José de Oliveira Ascensão<sup>64</sup> afirma que, passado o período de 300 dias previstos na lei (art. 1.829º, 1, do CC), em que se aplica a presunção de paternidade, não poderá ser considerado filho do falecido.

Jorge Duarte Pinheiro<sup>65</sup> entende que, embora a Lei 32/2006 seja omissa quanto ao reconhecimento do vínculo paterno-filial, na inseminação *post mortem*, o consentimento prestado teria o cunho de reconhecer a paternidade, já que constituiria um projeto parental claramente estabelecido por escrito.

Afirma ainda o festejado jurista que:

Esta interpretação vem coadunar com o entendimento da doutrina que caminha no sentido

de reconhecer a filiação social, pois, embora o fator biológico seja, em princípio, determinante no estabelecimento do vínculo de filiação [...], não é só a ele que se atribui essa função no sistema jurídico português, sendo extremamente relevante o papel da vontade na criação de algumas relações jurídicas, em que a realidade "afectiva e social sobrepõe-se e o elo da filiação acaba por se apoiar na vontade consciente".<sup>66</sup>

Assim, o fator preponderante ao estabelecimento de um vínculo paterno-filial é a vontade do pai, a ausência ou revogação do consentimento importaria em só ser atribuída a maternidade à mãe.<sup>67</sup>

## 4 Conclusão

Vimos que, com o desenvolvimento da Medicina reprodutiva no mundo, o direito de filiação, até então consolidado nos códigos civis, deixou de disciplinar de forma satisfatória todas as possibilidades de filiação hodiernamente existentes e que a elaboração de norma específica que trate do direito de filiação decorrente da utilização de técnicas de procriação medicamente assistida.

Isso porque, a partir da adoção de técnicas de procriação medicamente assistida, casais que, até então, por terem alguma dificuldade em procriar de forma natural, não conseguiam ter filho(s), agora, utilizando-se, inclusive, de terceiros dadores de sêmen e ovócitos, por exemplo, conseguem a tão sonhada maternidade/paternidade, através de um processo reprodutivo artificial, fazendo com que axiomas absolutos, como a regra *mater semper certa es* sejam questionados e relativizados.

No Direito português não foi diferente.

O Código Civil Português, datado de 1966, no capítulo que trata do direito de filiação, não consegue pacificar todos os conflitos atualmente existentes no campo do direito de filiação, tendo em vista que vocacionado para estabelecimento da filiação decorrente de ato sexual, o que implica na adoção de critério quase que exclusivamente biológico para fixação da filiação.

Destarte, diante da lacuna existente no Código Civil, quanto à filiação decorrente da utilização de

<sup>62</sup> Idem. *Direito ao patrimônio genético*, p. 136.

<sup>63</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito de família contemporâneo*, p. 243.

<sup>64</sup> ASCENSAO, José de Oliveira. *Procriação assistida e direito*, pp. 671-672.

<sup>65</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. *Procriação medicamente assistida*, pp. 108-109.

<sup>66</sup> Idem; *ibidem*.

<sup>67</sup> DUARTE, Tiago. *In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei*, p. 101.

técnicas de procriação medicamente assistida e do quanto disposto no art. 67º, n. 2, alínea e), da Constituição da República Portuguesa, foi editada a Lei 32/2006, de 26 de julho.

Acreditamos que a Lei 32/2006, com as modificações das Leis 17/2016 e 25/2016, constitui um avanço no campo do direito de filiação quando decorrente da utilização de técnicas de procriação medicamente assistida, se tomarmos como referência o Código Civil.

Todavia, a lei em comento não conseguiu resolver satisfatoriamente todos os conflitos existentes no campo do direito de filiação, decorrente da utilização de técnicas de procriação medicamente assistida, deixando, inclusive, lacunas a serem preenchidas oportunamente pelo legislador, como se observa na filiação *post mortem* do esposo/companheiro, a lei é lacunosa quanto aos efeitos filiatórios e sucessórios, gerando um problema de insegurança na aplicação das leis.

Também na hipótese de filiação decorrente de processo heterólogo, prevê o necessário consentimento do marido/companheiro para que o vínculo de filiação seja formado para com ele e ao mesmo tempo impede o reconhecimento de qualquer vínculo de filiação com o dador dos gametas, o que leva a possibilidade de uma criança nascer tolhida do direito a biparentalidade, eis que o vínculo de filiação se dará apenas com a mãe.

## Referência

- ARAÚJO, Fernando. *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*. Almedina: Coimbra, 1999.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Procriação assistida e direito. In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*. Coimbra: Almedina, 2000b. v.1. Almedina: Coimbra, 2000.
- BARBAS, Stela. *Direito do genoma humano*. Coimbra: Almedina, 2011 (reimpressão da edição de set. 2007).
- \_\_\_\_\_. Investigação da filiação. In *Estudo de direito da bioética*. Coimbra: Almedina, 2008. pp. 31-53.
- \_\_\_\_\_. *Direito ao património genético*. Coimbra: Almedina, 2006.
- \_\_\_\_\_. O contrato de gestação à espera de novas leis. In *ForumIustitiae. Direito & Sociedade*. Lisboa. Nº 1 (junho de 1999), pp. 47-50.
- CAHILL, Lisa Sowle. Paternidade/maternidade em perspectiva. In *Bioética: Poder e injustiça*. São Paulo: Edições Loyola, 2003. pp. 379-385.
- CAMPOS, Diogo Leite de. A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onipotência do sujeito. In *Separata de Estudos de Direito da Bioética*. Coimbra, 2008. pp. 73-86.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. (17. reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003.
- CÓDIGO CIVIL. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de acordo com a revisão de 2005. 19. ed. Lisboa: Quid Juris, 2015.
- DUARTE, Tiago. In *Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei*. Coimbra: Almedina, 2003.
- FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação, reprodução humana assistida e conselhos de medicina. In *II Jornada de Direito Civil/Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Escola da Magistratura Federal da 1ª Região. Brasília: ESMAF, 2012, pp. 195-231.
- \_\_\_\_\_. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GOZZO, Débora. Dignidade humana, inseminação artificial heteróloga e contestação de paternidade. In *Direito Humanos Fundamentais – Positivização e concretização*. Osasco: EDIFIEO, 2006. pp. 217-242.
- JORGE, Miranda. MEDEIROS, Rui, anot. Constituição portuguesa anotada, tomo I, introdução geral. Preâmbulo. Artigos 1º a 79º. 2. ed., revista, atualizada e ampliada. Coimbra, 2010.
- LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*, v. V, reimpressão, Coimbra, 2010.

LEI 32/2006. *Diário da República*, 1ª Série, n. 143 (26/07/2006), pp. 980-981.

LEI 17/2016. *Diário da República*, 1ª Série, n. 116 (20/06/2016), pp. 1.903-1.905.

LEI 25/2016. *Diário da República*, 1ª Série, n. 160 (22/08/2016), pp. 2.775-2.779.

OLIVEIRA, Guilherme de. Aspectos jurídicos da procriação assistida. In *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Ano 49, III (dezembro 1989), pp. 767-791.

\_\_\_\_\_. *Estabelecimento de filiação*. Coimbra: Almedina, 1991.

\_\_\_\_\_. *Mãe há só uma (duas): o contrato de gestação*. Coimbra: Almedina, 1992.

\_\_\_\_\_. *Critério jurídico da paternidade*. Reimpressão da edição de 1983). Coimbra: Almedina, 2003.

PINHEIRO, Jorge Duarte. Mãe portadora – A problemática da maternidade de substituição. In *Estudos de direito da bioética*. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 323-344.

\_\_\_\_\_. *O direito de família contemporâneo*. Reimpressão da 4. ed. de 2013. Lisboa: AAFDL, 2015.

\_\_\_\_\_. Procriação medicamente assistida. In *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, v. 1. Coimbra: Almedina, 2005.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 101. Relator Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Lisboa, 3 de março de 2009.

RESOLUÇÃO CFM 2.121/2005. *Diário da República do Brasil*, I Seção, 24 set. 2015, p. 117.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito de família, V. 6, 28. ed. (revista e atualizada por Francisco Jose Cahah de acordo com o novo Código Civil - Lei 10.406, de 10/01/2002). São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTOS, Eduardo dos. *Direito de Família*. Coimbra: Almedina, 1999.

SCARPARO, Mônica Sartori. *Fertilização assistida – questão aberta: aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1995.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*, v. VI, 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.